

Magdalena Latacz¹

Krytyka struktury oraz zastosowania konstytucyjnej zasady proporcjonalności

Słowa kluczowe: zasada proporcjonalności, ważenie, ochrona konstytucyjnych praw i wolności

Keywords: the principle of proportionality, balancing, protection of constitutional rights and freedoms

Streszczenie

Zasada proporcjonalności zarówno w praktyce orzeczniczej sądów konstytucyjnych, jak i w literaturze, uznawana jest za podstawowe kryterium oceny działania państwa pod względem jego zgodności z konstytucją. Nie zmienia to jednak faktu, że część doktryny z różnych względów uważa test proporcjonalności za narzędzie niedoskonałe, podnosząc w konsekwencji krytyczne uwagi zarówno wobec samej (teoretycznej) konstrukcji zasady proporcjonalności, jak również wobec wadliwej w ich przekonaniu praktyki jej stosowania.

Abstract

Criticism of the structure and application of the constitutional principle of proportionality

The proportionality principle, both in the jurisprudential practice of constitutional courts and in the literature, is considered as the basic criterion for the assessment of the state's

¹ ORCID ID: 0000-0003-3265-8387, magister, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Jagiellońskiego w Krakowie. E-mail: magdalenalatacz@gmail.com.

activities in terms of its compliance with a constitution. However, this does not change the fact that part of the doctrine for various reasons considers the test of proportionality to be an imperfect tool, thus raising critical remarks both towards the (theoretical) construction of the principle of proportionality, as well as the practice of its application being flawed.

✱

I. Wstęp

Zasada proporcjonalności pod różnymi postaciami znajduje zastosowanie w wielu gałęziach prawa, obejmując nie tylko prawo krajowe, ale także prawo unijne i prawo międzynarodowe. Na gruncie prawa konstytucyjnego posiada ona jednak „ściśle sprecyzowany charakter związany z charakterem i funkcjami konstytucyjnych wolności człowieka i obywatela”². Zarówno w praktyce sądów konstytucyjnych, jak i w literaturze, test proporcjonalności uznawany jest za podstawowe kryterium oceny działania państwa pod względem jego zgodności z konstytucją. Nie zmienia to jednak faktu, że część doktryny z różnych względów uważa test proporcjonalności za narzędzie niedoskonałe, podnosząc w konsekwencji krytyczne uwagi zarówno wobec samej (teoretycznej) konstrukcji zasady proporcjonalności (2.), jak również wobec wadliwej – w ich przekonaniu – praktyki jej stosowania (3.).

II. Uwagi dotyczące konstrukcji zasady proporcjonalności

Wśród krytycznych uwag odnoszących się do samej konstrukcji testu proporcjonalności wyróżnić można trzy grupy argumentów: po pierwsze, wypowiedzi odnoszące się do nieadekwatności doboru ważonych w teście proporcjonalności dóbr (interesów); po drugie, polemikę wobec stanowisk uznających zasadę proporcjonalności jako obiektywne kryterium oceny decyzji państwowych, przede

² Wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt K 14/11, OTK ZU 1A/2013, poz. 7 („[J]ej współczesne rozumienie wynika z materialnej koncepcji państwa prawnego – w tę bowiem koncepcję wpisane było założenie zagwarantowania określonego stopnia ochrony praw i wolności człowieka”).

wszystkim w zakresie prawodawstwa; po trzecie w końcu – wątpliwości co do samego charakteru testu proporcjonalności, a mianowicie zarzuty wobec pojmowania zasady proporcjonalności jako zadawalającego kryterium prawnej oceny.

Najczęściej spotykaną krytyką wobec konstrukcji testu proporcjonalności stanowią uwagi odnoszące się do wadliwego doboru dóbr (interesów) ocenianych w ramach testu proporcjonalności. Zasadniczo wskazać można dwa kierunki tej krytyki.

Po pierwsze, wyróżnić można stanowiska skupiające się na ocenie testu proporcjonalności przez pryzmat pozycji praw podstawowych w porządku prawnym. Nieadekwatność doboru ważonych dóbr rozumiana jest tutaj jako przeciwstawianie przez sąd konstytucyjny prawom podstawowym innych dóbr prawnych lub ogólniej – innych interesów; w szczególności krytycznie oceniane są więc przypadki „ważenia” wolności jednostki wobec publicznoprawnych interesów³. Przeciwstawianie sobie różnych kategorii dóbr (interesów), ma – zdaniem krytyków – sugerować ich równoważność, a w konsekwencji umniejszać normatywną moc praw podstawowych i poddawać pod wątpliwość twierdzenie, że w praktyce „wciąż istnieje efektywna ochrona praw podstawowych”⁴.

Krytykę tę koryguje się jedynie sporadycznie o spostrzeżenie, że zarzuty te stają się dopiero wówczas adekwatne, gdy dopuszczamy relatywnie szerokie rozumienie „uzasadnionego celu ustawodawczego”, w odniesieniu do którego zostanie przeprowadzony test proporcjonalności. Gdyby bowiem przyjąć, że każdy „uzasadniony” cel mógłby usprawiedliwiać ingerencję w prawa podstawowe, oznaczałoby to, że państwo może się powołać na jakikolwiek możliwy interes⁵, a prawa podstawowe nie miałyby przed nim żadnego pierwszeństwa⁶.

³ Por. M. Klatt, M. Meister, *Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, „Der Staat” 2012, nr 2, s. 162; S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, „International Journal of Constitutional Law” 2009, nr 2, s. 471, 488.

⁴ G. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation on Fights*, Cambridge 2009, s. 101.

⁵ M. Klatt, M. Meister, op.cit., s. 163. Na marginesie dodać należy, że zdaniem niektórych „uzasadniony” jest każdy cel, który nie jest sprzeczny z konstytucją – a nie wyłącznie cel doniosły (por. M. Lothar, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, „Juristische Schulung” 2001, nr 41, s. 149).

⁶ M. Kumm, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights*, „International Journal of Constitutional

Wydaje się jednak, że autorzy stanowisk podkreślający nieadekwatność ważonych dóbr (interesów) – chociaż opierają się na zasadniczo słusznym spostrzeżeniu, że ważeniu poddawane są dobra (interesy) o różnym charakterze – wyciągają z tej okoliczności zbyt daleko idące konsekwencje. W moim przekonaniu sam fakt poddania dwóch interesów (dóbr) procedurze ważenia nie przesądza automatycznie o tym, że uznaje się, że przeciwstawiane interesy są równorzędne, a więc wyłącznie przez ich zestawienie nie umniejsza się pozycji praw podstawowych. Test proporcjonalności jest raczej wyłącznie pewną zestandaryzowaną formułą poszukiwania rozwiązania w sytuacji, z którą mamy do czynienia w przypadku każdej decyzji ustawodawczej: koniecznością wyboru między różnymi racjami, które przemawiają za podjęciem lub przeciwko podjęciu decyzji ustawodawcy określonej treści. Racje te mogą z oczywistych względów posiadać różną wagę i wpisywać się, najogólniej ujmując, w jedną z dwóch grup: stanowić albo powinności ochrony przez państwo konstytucyjnych praw i wolności, albo wyraz uprawnienia ustawodawcy do realizacji różnych, w tym często czysto politycznych, interesów. Ponieważ trudno wyobrazić sobie takie decyzje ustawodawcze, które nie spowodują, że racje należące do obu tych grup nie wejdą ze sobą w konflikt, to konieczność dokonania wyboru między nimi, poprzedzająca podjęcie konkretnej decyzji ustawodawczej, stanowi, w moim przekonaniu, punkt wyjścia oraz uzasadnienie istoty testu proporcjonalności. Samo przeciwstawianie sobie argumentów o różnym charakterze i jakości wynika natomiast z natury działania władzy ustawodawczej, nie zaś z przekonania, że przeciwstawiane sobie będą wyłącznie racje równej wagi (tj. równie istotne z perspektywy konstytucyjnoprawnej).

Samo pytanie o wagę (istotność) poszczególnych argumentów jest rozstrzygane wyłącznie *in concreto* i w określonym układzie kontroli – przede wszystkim więc ocena istotności i ustalania pierwszeństwa w konkretnej sytuacji jest właściwa dopiero dla kolejnego etapu, to jest stosowania testu proporcjonalności dla konkretnego konfliktu, a nie dla etapu go poprzedzającego, czyli momentu określania wchodzących w konflikt w danej sytuacji faktycznej interesów (dóbr). Stąd trudno akceptować stanowiska, jakoby ogólnie umniejszało się znaczenie praw podstawowych przez sam fakt spostrzeżenia konfliktu

między dwoma dobrami (interesami) na gruncie konkretnego stanu faktycznego, nawet jeśli posiadają one odmienne charaktery i jakość.

Po drugie, wyróżnić można grupę autorów, którym wspólne jest przekonanie, że test proporcjonalności jest nieadekwatnym narzędziem w tym znaczeniu, że nie jest w stanie rozwiązać relewantnego problemu. Sama ocena konstrukcji trójelementowego testu proporcjonalności – nawet bez wzięcia pod uwagę praktyki jego stosowania – prowadzi niektórych do wątpliwości czy badanie to jest w ogóle w stanie posłużyć uzyskaniu odpowiedzi na wszystkie istotne dla kontroli zgodności z konstytucją pytania. Nie jest chociażby jasne, jaki cel ma przeprowadzanie testu proporcjonalności, w którym przeciwstawiane są subiektywne prawa jednostek z kolektywnymi interesami (np. indywidualne prawa wolnościowe wobec bezpieczeństwa publicznego w ustawach dot. zapobiegania terroryzmowi), bowiem trudno „ważyć” takie dobra, ponieważ interes wszystkich wobec ingerencji w prawo jednostki, w tym szeroko rozumianą konstytucyjną wolność, zasadniczo jest przeważający⁷.

Z pytaniem o cel przeprowadzania testu proporcjonalności (a więc pytaniem, jaka wartość ma być w konsekwencji gwarantowana lub chroniona przez stosowanie tego testu) związane jest pośrednio pytanie, w jaki dokładnie sposób powinno zostać przeprowadzone porównanie w tym teście dóbr (interesów). Z jednej strony przykładowo dla praw podstawowych związanych z własnością oczywistą i najbardziej racjonalną skalą wydaje się miara pieniądza, jednak w istocie istnieje więcej możliwych „miar”, które umożliwią takie badanie, a sam wybór odmiennej „miary” może zmienić wynik testu proporcjonalności⁸, a w konsekwencji wartość, która za jego pomocą mogłaby być chroniona. Z drugiej strony możliwe są przypadki, w których konieczna będzie ocena dóbr (interesów), które nie będą w żaden sposób wymierne⁹.

Chociaż i w tym przypadku autorzy wychodzą od trafnego spostrzeżenia, że w praktyce „waży” się za pomocą testu proporcjonalności interesy (dobra) różnego rodzaju, to można odnieść wrażenie, że w istocie skupiają się na okoliczności, że test ten jako formuła rozstrzygania takich konfliktów proponu-

⁷ O. Lepsius, *Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, [w:] *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, red. M. Jestaedt, O. Lepsius, Tübingen 2015, s. 34.

⁸ Por. M. Klatt, M. Meister, *op.cit.*, s. 174.

⁹ S. Tsakyrakis, *op.cit.*, s. 475.

je jedynie ogólne przesłanki (etapy badania) – na tyle ogólne, że nie można z nich wywieść jednoznacznie owych potrzebnych w praktyce „miar” badania. W moim przekonaniu ten sporny aspekt podkreśla dwa słuszne spostrzeżenia w odniesieniu do testu proporcjonalności: po pierwsze, że stanowi on wyłącznie pewne uśrednione narzędzie rozwiązywania sporów między wchodzącymi w konkretnym przypadku w konflikt interesami (dobrami) – czego oczywistą konsekwencją jest brak precyzyjnie określonych „miar” dla dokonywania ich koniecznych ocen – oraz, po drugie, że skoro jest jedynie pewną ustrukturyzowaną formą podejmowania sędziowskich decyzji, zawiera w sobie dużą dozę swobody i – być może większe niż się powszechnie oczekuje – pole do samodzielnych decyzji podmiotów odwołujących się do testu proporcjonalności.

Przeciwstawienie sobie dóbr (interesów) różnego rodzaju prowadzi w dalszej kolejności do pytania, według jakiej – trzeciej – „miary”, w tym wartości, należy je oceniać oraz czy istnieje obiektywne kryterium, które pozwalałoby uzasadnić ocenę, że dany cel ustawodawcy uzasadnia lub też nie może uzasadnić użycia danego środka, że „jest tego warty bądź nie”¹⁰. Z historycznego punktu widzenia „do sformułowania zasady proporcjonalności w jej obecnym kształcie doprowadziło rozwinięcie ogólnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji, który początkowo (w relacji państwo – jednostka) wiązano przede wszystkim z potrzebą stosowania środków koniecznych i przydatnych do osiągnięcia zakładanych celów”¹¹. „Z biegiem czasu wypracowano także trzeci wymóg, określany dziś jako zasada proporcjonalności *sensu stricto*, wymagający «ważenia» dobra poświęcanego i dobra, któremu służy ingerencja”¹².

Wciąż nierozwiązane pozostaje jednak pytanie, czy istnieje możliwie obiektywna, a zarazem skuteczna konstrukcja testu proporcjonalności (w szczególności doprecyzowanie istniejącego, trójelementowego testu), za pomocą której możliwe byłoby rozstrzygnięcie konfliktów między dobrami (interesami) o różnym charakterze, które teoretycznie mogą być brane pod uwagę

¹⁰ Ch. Hillgruber, *Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren*, „Juristenzeitung” 2011, nr 18, s. 862.

¹¹ Wyrok TK z 12 lutego 2014 r., sygn. akt K 23/10, OTK ZU 2A/2014, poz. 10.

¹² Wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt K 14/11, OTK ZU 1A/2013, poz. 7. Za pierwsze wskazania co do konieczności wprowadzenia dodatkowego kryterium wskazuje się uwagi prof. Hatscheka, który (mówiąc o środku „koniecznym”) wskazywał, że powinniśmy on pozostawać „w pewnej zależności do zła, przed którym należy się bronić”. J. Hatschek, *Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, Berlin 1922, s. 147.

w kontekście kontroli zgodności z konstytucją. Jak słusznie podkreśla się nawet w orzecznictwie, w szczególności zasada proporcjonalności *sensu stricto* sama w sobie nie zawiera żadnych treściowych (materialnych) wskazań, które pozwalałyby stwierdzić, kiedy środek jest proporcjonalny do celu ustawodawcy, a kiedy nie¹³.

Nie może więc budzić wątpliwości, że w konsekwencji konstrukcja stosowana w praktyce pod pojęciem testu proporcjonalności nie sprowadza się wyłącznie do badania relacji cel-środek, ale zawiera również wartościującą decyzję, którą każdorazowo podjąć musi sąd konstytucyjny w odniesieniu do określonego problemu w aktualnie rozpatrywanej sprawie. W pełni zgodzić się więc należy z twierdzeniem, że decyzja ta ma charakter subiektywny w tym znaczeniu, że dla konkretnej decyzji w zakresie ważenia można przywołać pewne argumenty, ale „nie ma żadnych obiektywnych konstytucyjnoprawnych i w tym sensie «koniecznych» argumentów, a jedynie «wyłącznie» mniej lub bardziej przekonujące argumenty politycznego rozsądku”¹⁴.

W toczonej w doktrynie dyskusji znaleźć można w końcu takie głosy krytyki, których autorzy nie tylko odrzucają pojmowanie zasady proporcjonalności jako obiektywnego kryterium oceny, ale idą o krok dalej, twierdząc, że błędne jest również twierdzenie, że zasada proporcjonalności stanowi kryterium prawne. Zarzuca się więc na przykład, że test proporcjonalności jest raczej „zasadą politycznej celowości lub moralnego rozsądku”¹⁵ – przy czym nie chodzi tu o samo spostrzeżenie, że znana nauce prawa konstytucyjnego proporcjonalność pozostaje z nimi w związku, ale że „bliskość zasady proporcjonalności do moralności i polityki jest tak wielka, że traci ona swój prawny wymiar”¹⁶. Test proporcjonalności dawać ma zdaniem tej grupy autorów w konsekwencji jedynie pozór „obiektywności i neutralności rozumowania”, pozór tego, że jest możliwe przeciwstawienie sobie wartości bez jakiegokolwiek dodatkowej, w szczególności moralnej, argumentacji¹⁷.

¹³ Postanowienie FTK z 15 maja 1995 r., sygn. akt 2 BvL 19/91, BVerfGE 92, 277.

¹⁴ Ch. Hillgruber, op.cit., s. 862. Prof. Hillgruber określa tę decyzję jako „w nieunikniony sposób subiektywną” i stąd „posiadającą polityczny charakter”. Zob. także N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen 2015, s. 56.

¹⁵ M. Klatt, M. Meister, op.cit., s. 169.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Por. S. Tsakyrakis, op.cit., s. 474, także M. Klatt, M. Meister, op.cit., s. 169 (wartościowanie „ubrane w maskę prawniczej obiektywności”).

O ile jednak konsekwencją jedynie ogólnego określenia trzech etapów badania proporcjonalności i konieczności „ważenia” różnego rodzaju dóbr jest brak gwarancji obiektywności i neutralności stosowania tego narzędzia (w tym sensie, że konieczne są wartościowania konkretnego podmiotu go stosującego, a więc z natury rzeczy decyzje nieneutralne i subiektywne), to trudno zgodzić się na formułowanie jedynie na tej podstawie tezy, że test proporcjonalności nie ma charakteru prawnego. Z jednej strony nie można pomijać okoliczności, że sądy konstytucyjne próbują doszukać się genezy zasady proporcjonalności w sformułowaniach ustaw zasadniczych, z drugiej strony natomiast nie wydaje się, żeby test proporcjonalności generował znacząco większe ryzyko arbitralności niż stosowanie np. klauzul generalnych, przepisów zawierających pojęcia nieokreślone, uznania administracyjnego etc. Chociaż odmienne stanowisko w tej kwestii można również formułować w oparciu o specyficznie pojmowane pojęcie „prawnego” charakteru metod stosowania prawa, to trudno jednak oczekiwać przykładowo formułowania w tekstach prawnych tego rodzaju norm, w szczególności reguł rozstrzygających *in abstracto* wszelkie konflikty interesów (dóbr) możliwe do zaobserwowania na przedpolu stanowienia prawa, a nawet jeśli – to posiadałyby one prawdopodobnie tak samo ogólną i abstrakcyjną treść co test proporcjonalności w swojej aktualnej formie.

Od zarzutu, że zasada proporcjonalności w istocie służy ukrywaniu rzeczywistych ocen pod prawniczymi argumentami, należy odróżnić krytykę pod adresem samego definiowania elementów składających się na test proporcjonalności. Już sama okoliczność, w jaki sposób opisany zostanie zarówno sam cel testu proporcjonalności, jak również jego poszczególne elementy, może bowiem negatywnie wpłynąć na jego postrzeganie i skuteczność, w szczególności jeśli opis ten wprowadzać będzie dalsze pojęcia wartościujące obok tych, które dostarczają ważne dobra (interesy). Najlepszym przykładem takiego zabiegu jest zauważenie różnorodnych konsekwencji, jakie niesie za sobą użycie konkretnych pojęć odnoszących się do albo moralnej, albo do „technicznie” rozumianej poprawności¹⁸.

¹⁸ Zob. G. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, „The Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2010, nr 1, s. 180 i n.

III. Uwagi dotyczące sposobu stosowania zasady proporcjonalności

Obok wątpliwości co do zasadności przyjętej powszechnie struktury testu proporcjonalności wyróżnić można krytyczne spostrzeżenia wobec niektórych sposobów stosowania zasady proporcjonalności w praktyce. W tym zakresie chciałabym rozważyć trzy aspekty – po pierwsze, zarzuty instrumentalnego wykorzystywania testu proporcjonalności w praktyce orzeczniczej; po drugie, krytykę rozpowszechnionego w orzecznictwie sądów konstytucyjnych kategorycznego stanowiska, jakoby wobec niektórych kategorii praw podstawowych (w szczególności praw podstawowych o charakterze absolutnym) niedopuszczalne byłoby przeprowadzenie testu proporcjonalności; po trzecie, wątpliwości odnoszące się do samego zakresu zastosowania zasady proporcjonalności w praktyce orzeczniczej.

Jak nadmieniono wyżej, test proporcjonalności pomyślany został pierwotnie bardziej jako formalna konstrukcja kontroli cel-środek, która nie zawiera żadnych materialnych elementów oceny. W konsekwencji możliwe jest, że nie w każdym przypadku pozwala on na uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy przyjęty środek jest dopuszczalny, bez dokonania dodatkowego wartościowania, wychodzącego często poza ramy badania ściśle pojętej relacji środka do celu. Od tego spostrzeżenia odróżnić jednak należy krytykę skierowaną przeciwko określonym zastosowaniom zasady proporcjonalności w praktyce, a dokładniej przeciwko instrumentalnemu wykorzystywaniu testu proporcjonalności.

Po pierwsze, w tym zakresie podkreślić należy, że nie ulega wątpliwości, że wyznaczenie celu ustawodawcy jest zadaniem koniecznym i kluczowym dla przeprowadzenia testu proporcjonalności w jego obecnej formie, przy czym ustalenie tego celu jest zadaniem niezwykle trudnym, ponieważ cel ten nie zawsze jest oczywisty. Zauważa się, że w praktyce sądy konstytucyjne niekiedy *de facto* same ustalają (na przykład z powodu wysokiego stopnia ogólności sformułowań przepisów prawnych) lub wybierają (ponieważ więcej niż jeden cel wydaje się możliwy) ów cel¹⁹, mimo że jego wyznaczenie bezpośrednio wpływa na wynik testu proporcjonalności, a nawet często o konkretnym wyniku tego testu przesądza.

¹⁹ O. Lepsius, *op.cit.*, s. 38.

Po drugie, ocena praktyki „ważenia” doprowadza niektórych do wniosku, że zasada proporcjonalności ma w rzeczywistości postać kontroli racjonalności rozstrzygnięć ustawodawcy, a dokładniej stanowi jedno z możliwych narzędzi takiej kontroli, pozwalające na korygowanie „błędów politycznych procesów”, które są istotne w kontekście ochrony praw podstawowych²⁰.

Po trzecie w końcu, najbardziej interesujące wydają się zarzuty odnoszące się do tego, w jaki sposób wykorzystywany jest ostatni element testu proporcjonalności, tj. zasada proporcjonalności *sensu stricto*, który w różnicy do dwóch pozostałych przesłanek testu proporcjonalności nie odnosi się bezpośrednio do relacji cel-środek, a w praktyce pełni niekiedy rolę następczego badania (korekty) już raz przeprowadzonego testu proporcjonalności²¹: „Jeśli rozstrzygnięcie sprawy wydaje się absolutnie bezsensowne, to najpierw należy ponownie przeanalizować wszystkie punkty [testu proporcjonalności], a w szczególności testu konieczności; jeśli jednak wciąż [rozwiązanie] daje wrażenie absurdalności, w drodze wyjątku można zadać pytanie o proporcjonalność w wąskim znaczeniu”²².

Niekiedy podnoszone są również krytyczne spostrzeżenia odnośnie rozpowszechnionego w orzecznictwie i doktrynie kategorycznego twierdzenia o niedopuszczalności stosowania zasady proporcjonalności wobec praw podstawowych o charakterze absolutnym; w praktyce chodzi tutaj przede wszystkim o ocenę dopuszczalności ingerencji w konstytucyjną godność człowieka²³. Stanowisko sądów konstytucyjnych, odrzucające stosowanie testu proporcjo-

²⁰ N. Petersen, op.cit., s. 161, 269 i n.

²¹ Praktyka ta określana jest jako „kontrola zgodności” (*Stimmigkeitskontrolle* – tak T. Kingreen, R. Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 2016, s. 75) lub „pomocnicze ważenie” (*Hilfserwägung* – tak H.-J. Koch, H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, s. 102, przyp. 60).

²² T. Kingreen, R. Poscher, op.cit., s. 75 i n. Odnośnie wykorzystania zasady proporcjonalności jako narzędzia korekty tzw. trudnych przypadków zob. także N. Petersen, op.cit., s. 155 i n. W polskiej doktrynie przykładowo prof. Korycka-Zirk zauważa, że „dyrektywa proporcjonalności *sensu stricto* jest najmniej wyrazista i najbardziej nieprecyzyjna, pozostawia największą swobodę organowi ją stosującemu, a mimo to, a może właśnie dlatego, jest najczęstszą przyczyną uznawania przez Trybunał Konstytucyjny określonego rozwiązania prawnego za niekonstytucyjne”. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 196.

²³ Por. np. M. Safjan, *Wprowadzenie*, [w:] *Konstytucja. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 84 (zasada proporcjonalności posiada „uniwersalne zastosowanie, do wszystkich praw podstawowych, z wyjątkiem prawa do poszanowania godności (art. 30)”).

nalności jako narzędzia badania, czy zauważona ingerencja w godność ludzką stanowi niedopuszczalne naruszenie tego prawa, wynikać ma z przyjęcia określonej konwencji godności człowieka, stanowiącej jedynie jedno z dwóch możliwych stanowisk w zakresie jej pojmowania, które ponadto nie jest konsekwentnie stosowane w praktyce²⁴.

Zgodnie z tą myślą wyróżnić można dwie teorie konstytucyjnej godności człowieka. Zgodnie z teorią absolutną konstytucyjna gwarancja godności jest normą posiadającą bezwzględne pierwszeństwo przed wszystkimi innymi normami konstytucji, w każdym przypadku. Konsekwencją przyjęcia w praktyce orzeczniczej tej koncepcji jest (wynikające z tak ujętego „pierwszeństwa” godności) wykluczenie możliwości jakiegokolwiek „ważenia”, co z kolei oznacza, że każda ingerencja w godność stanowi automatycznie jej naruszenie. Przeciwnie ujęcie, a w konsekwencji i odmienne rozwiązanie omawianego zagadnienia, proponuje teoria relatywna: „pytanie, czy godność człowieka jest naruszona jest pytaniem o proporcjonalność. Stąd teoria relatywna jest nie tylko możliwa do pogodzenia z kontrolą proporcjonalności, [lecz] zakłada ją”²⁵. Jako przykład zastosowania teorii relatywnej godności wskazuje się wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego dotyczący oceny zgodności z niemiecką Ustawą Zasadniczą kary dożywotniego pozbawienia wolności: „Godność ludzka nie będzie naruszona również wtedy, gdy zastosowanie kary [dożywotniego pozbawienia wolności] jest konieczne z powodu trwającego zagrożenia ze strony skazanego [...]. Że przy określeniu [stopnia] niebezpieczeństwa skazanego musi zostać uwzględniona zasada proporcjonalności [...], nie wymaga żadnego dodatkowego uzasadnienia”²⁶.

W ten sposób Trybunał miał w „jasny sposób” powiązać kontrolę naruszenia godności ludzkiej z kontrolą proporcjonalności; godność ludzka bowiem „widziana jest [tutaj] jako zasada, która koliduje z zasadą publicznego

Możliwość aplikacji zasady proporcjonalności w odniesieniu do praw uważanych za „bezwzględne *sensu stricto*” rozważano w pewnym zakresie również w kontekście art. 3 i 4 ust. 1 EKPCz oraz art. 1, 4 i 5 ust. 1 KPP. Zob. M. Borowski, *Absolute Rights and Proportionality*, „German Yearbook of International Law” 2013, *passim*.

²⁴ R. Alexy, *Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2015, nr 4, s. 498.

²⁵ Ibidem, 479 i n. Prof. Alexy argumentuje w dalszej części przywołanego tekstu zasadniczo za teorią relatywnego pojmowania godności człowieka (por. s. 500–509).

²⁶ Wyrok FTK z 21 czerwca 1977 r., sygn. akt 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187.

bezpieczeństwa. Ta kolizja jest rozwiązywana w ten sposób, że obydwu zasadom przypisuje się adekwatną wagę, a więc przez ważenie²⁷.

Teorie te niestety nie znajdują jednak bezpośredniego odzwierciedlenia w praktyce orzeczniczej sądów konstytucyjnych. Nieprawdziwe byłoby jednak twierdzenie, że praktyka ta pozbawiona jest jednak jakiegokolwiek refleksji w podobnym do przedstawionego kierunku. W moim przekonaniu dokładnie tę samą funkcję co wyróżnienie teorii obiektywnej i subiektywnej konstytucyjnej godności człowieka mają inne próby „obejścia” powtarzane bez dalszego namysłu kategorię twierdzenia o niedopuszczalności stosowania zasady proporcjonalności w stosunku do godności człowieka. W szczególności mam tutaj na myśli orzeczenia, w których od zarzutu naruszenia konstytucyjnej godności człowieka odróżnia się „łżejsze gatunkowo” zarzuty, których istota bliższa jest ingerencji w cywilnoprawną godność (naruszeniu honoru, dobrego imienia etc.)²⁸, bądź stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który rozróżnia dwa aspekty konstytucyjnej godności człowieka, a mianowicie „godności jako wartość przyrodzona i niezbywalna oraz godność rozumiana jako «prawo osobistości», obejmująca wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie”²⁹.

Myślę, że takie zabiegi pełnią dokładnie tę samą funkcję, jaką miałyby opowiedzenie się wprost za teorią relatywną godności, mianowicie wprowadzają element wartościowania przy przyjmowaniu zarzutu ingerencji w godność człowieka w postaci dokonania oceny jego istotności w konkretnej sytuacji, chociaż nie sprowadzają się do przeprowadzenia klasycznie pojmowanego testu proporcjonalności. Stąd też uważam, że konsekwentnie powtarzana w orzecznictwie i doktrynie teza o niedopuszczalności stosowania zasady proporcjonalności do praw absolutnych wymaga jeszcze pewnego namysłu,

²⁷ R. Alexy, *Menschenwürde...*, s. 499.

²⁸ Przykładowo tego rodzaju „godność”, chroniona na podstawie art. 2 ust. 1 (wolność) w zw. z art. 1 ust. 1 (godność) niemieckiej Ustawy Zasadniczej jako przejaw *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, może być naruszona przede wszystkim przez różnego rodzaju wypowiedzi i wchodzić w konflikt, rozwiązywany za pomocą testu proporcjonalności, ze swobodą wypowiedzi (por. np. postanowienie FTK z 10 października 1995 r., sygn. akt 1 BvR 1476/91, BVerfGE 93, 266).

²⁹ Wyrok TK z 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05, OTK ZU 3A/2007, poz. 24.

ponieważ wydaje się, że można zasadnie twierdzić, że zasada proporcjonalności ma zastosowanie również do praw o charakterze absolutnym, ale nie przyjmuje ona w tym przypadku postaci testu proporcjonalności.

Na marginesie wskazać należy, że prawa podstawowe o charakterze absolutnym nie stanowią jedynej kategorii norm, wobec której stosowanie testu proporcjonalności uważane jest za nieadekwatne. Zauważa się bowiem, że wskazać można takie dziedziny prawa, w zakresie których istnieje wyłącznie jeden możliwy środek dla osiągnięcia kluczowych celów, a w konsekwencji kontrola odpowiedniości i konieczności jest bezprzedmiotowa ze względu na brak środka „łagodniejszego”. Jako przykład takiej dziedziny prawa podaje się materialne prawo karne oraz prawo podatkowe: do osiągnięcia zamierzonego celu (pokrycie potrzeb finansowych państwa) istnieje tylko jeden środek – podatek³⁰. Test proporcjonalności nie jest również ani adekwatnym narzędziem badania w odniesieniu do norm mających postać klauzul generalnych (ponieważ nie określają jednoznacznie zarówno celu regulacji, jak również środka do jego osiągnięcia)³¹, ani właściwym kryterium oceny ingerencji w tzw. prawa ochronne³², jako jeden z wymiarów działania praw podstawowych, który wywieść można z tekstu konstytucji.

Podstawowym zadaniem testu proporcjonalności jest zapobieganie nadmiernej (nieusprawiedliwionej) ingerencji w prawa podstawowe. Pojęcie „zakazu nadmiernej ingerencji” nie jest jednak konsekwentnie rozumiane w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Zasadniczo wyróżnić można sześć różnych zastosowań pojęcia „zakazu nadmiernej ingerencji”.

Po pierwsze, chodzi o orzeczenia, w których wskazuje się „zakaz nadmiernej ingerencji” jako podstawę lub „źródło” zasady proporcjonalności: „Z zakazu nadmiernej ingerencji, jako źródła ogólnej formuły proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny na zasadzie logicznego wynikania wyprowadza trzy wymogi stanowiące jej części składowe”³³.

³⁰ O. Lepsius, op.cit., s. 28 i n.

³¹ Ibidem, s. 32.

³² Przykładowo konstytucyjna ochrona życia obok pojmowania jej w klasyczny sposób (z perspektywy jednostki) jako prawo obronne (*Abwehrrecht*), tj. skierowany wobec państwa zakaz ingerencji w dane dobro prawne, może być rozumiana szerzej, tj. jako obowiązek ochrony życia przez państwo bądź (*Schutzpflicht*) – z perspektywy jednostki – prawo do otrzymania takiej ochrony (*Schutzrecht*).

³³ Wyrok TK z 25 lipca 2013 r., sygn. akt P 56/11, OTK ZU 6A/2013, poz. 85.

Po drugie, orzeczenia, w których prezentowana jest teza przeciwna, a mianowicie, że to „zakaz nadmiernej ingerencji” wynika z zasady proporcjonalności: „Zasada, iż ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym wymiarze. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającą z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu”³⁴.

Po trzecie, stosunkowo często Trybunał utożsamia „zasadę nadmiernej ingerencji” z zasadą proporcjonalności, przykładowo w ten sposób, że wspomina o „ocenie spełnienia poszczególnych kryteriów składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji”³⁵ lub twierdzi, że „zasada proporcjonalności łączy się z zakazem nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych jednostki”³⁶.

Po czwarte, znaleźć można również takie orzeczenia, w których Trybunał utożsamia „zakaz nadmiernej ingerencji” z ostatnim etapem testu proporcjonalności, tj. zasadą proporcjonalności *sensu stricto*: „Najtrudniejszym elementem tekstu proporcjonalności jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych

³⁴ Wyrok TK z 8 lipca 2008 r., sygn. akt 46/07, OTK ZU 6A/2008, poz. 104. Mimo to we fragmencie następującym bezpośrednio po przytoczonym Trybunał zdaje się utożsamiać zasadę nadmiernej ingerencji z zasadą proporcjonalności: „Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć kryteria »nadmierności« muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności), a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą. Uznanie proporcjonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie »sprzyja« temu celowi, czy też »ułatwia« jego osiągnięcie”.

³⁵ Wyrok TK z 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98, OTK ZU 4/1999, poz. 74; wyrok TK z 22 września 2005 r., sygn. akt Kp 1/05, OTK ZU 8A/2005, poz. 93; wyrok TK z 10 lipca 2007 r., sygn. akt SK 50/06, OTK ZU 7A/2007, poz. 75; por. także L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 64.

³⁶ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK ZU 11A/2005, poz. 132.

przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu)³⁷.

Trudno znaleźć rozsądne wyjaśnienie dla takiej różnorodności prezentowanych poglądów w obrębie orzecznictwa jednego sądu. Logika wywodów oraz częstotliwość pojawiania się poszczególnych tez mogłaby sugerować, że istotny jest w gruncie rzeczy jedynie pierwszy i trzeci przypadek użycia pojęcia „zasady nadmiernej ingerencji” – innymi słowy: „poprawną” relację między zasadą proporcjonalności a „zakazem nadmiernej ingerencji” opisują te fragmenty orzeczeń, które wskazują „zakaz nadmiernej ingerencji” jako źródło zasady proporcjonalności (albo w znaczeniu historycznym – podkreślając jej faktyczną genezę w orzeczeniach Trybunału³⁸, albo w znaczeniu materialnym), a po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r. zasadniczo utożsamiają obie zasady³⁹; dwa pozostałe przypadki stosowania pojęcia „zakazu nadmiernej ingerencji” (tj. traktowanie zasady proporcjonalności jako źródła „zasady nadmiernej ingerencji” oraz utożsamianie „zakazu nadmiernej ingerencji” wyłącznie z jedną przesłanką testu proporcjonalności) miałyby marginalną rolę i wynikałyby raczej z wieloznaczności pojęcia „nadmiernej ingerencji”. Mimo że taka próba wyjaśnienia rozbieżności nie jest pozbawiona pewnej logiki, nie uważam jej za jakkolwiek zadawalającą – wymaga ona bowiem założenia, że w odniesieniu do rudymen tarnej zasady konstytucyjnej oraz newralgicznego punktu kontroli konstytucyjności niektóre składy orzecznicze albo wykazują się pewną nieznanomością genezy zasady proporcjonalności, albo pozawalają sobie w tym miejscu na terminologiczną nie-

³⁷ Wyrok TK z 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08, OTK ZU 10A/2009, poz. 150.

³⁸ Choć i tu dostrzec można pewne niekonsekwencje, np. w uzasadnieniach decyzji podjętych przed wyprowadzeniem zasady proporcjonalności wprost odróżnia się proporcjonalność i nadmierną ingerencję: „[...] ograniczenia te [konstytucyjnych praw i wolności] muszą uwzględniać konieczność każdorazowego wyważenia rangi prawa czy wolności poddanego ograniczeniu oraz rangi prawa, czy zasady to ograniczenie uzasadniającej. Nie zachowanie koniecznej w tym przypadku proporcjonalności, bądź stwierdzenie, że przyjęte ograniczenie jest w niepotrzebny sposób nadmierne, skutkować może niekonstytucyjność danej regulacji” (orzeczenie TK z 26 stycznia 1993 r., sygn. akt U 10/92, OTK ZU 1993, poz. 2).

³⁹ Również w literaturze pomija się pozostałe rozbieżności i przypadki odmiennych zastosowań, skupiając się jedynie na dwóch kluczowych zastosowaniach, a więc nawiązujących do genezy (wyprowadzeniu zasady proporcjonalności z ówczesnego art. 1) oraz podkreślających brak konieczności poszukiwania obecnie subsydiarnych podstaw dla zasady proporcjonalności.

spójność, przedkładając językową estetykę wywodu ponad jego wartość merytoryczną i poprawność.

Ponadto poważną wadą tego wyjaśnienia byłoby całkowite pominięcie tych orzeczeń, w których „zakaz nadmiernej ingerencji” rozumiany jest jako samodzielna zasada konstytucyjna wywodzona obecnie z art. 2 Konstytucji RP – a które to stwierdzenia uznać można za piąty rodzaj zastosowania zasady „zakazu nadmiernej ingerencji”. Z tej perspektywy zasada proporcjonalności (w podstawowym znaczeniu) odnosi się wyłącznie do sytuacji konfliktu między prawem podstawowym oraz co najmniej jednym dobrem (interesem) wymienionym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁴⁰. „Zarzut braku proporcji może [jednak] [...] opierać się także na naruszeniu tylko art. 2 Konstytucji RP (zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy, korzystającego ze swej swobody regulacyjnej)”⁴¹. Niemniej jednak pozostaje wciąż niezbyt jasne, kiedy tak rozumiany zakaz nadmiernej ingerencji może znaleźć zastosowanie oraz jak powinno w tym przypadku wyglądać badanie „zarzutu braku proporcji”. Z jednej strony Trybunał Konstytucyjny wskazał, że tak rozumiany zarzut powinien być „oceniany bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne”⁴², w innych orzeczeniach natomiast stanął na stanowisku, że „wywodzenie zasady proporcjonalności z art. 2 Konstytucji winno odnosić się przede wszystkim do konstytucyjnych wolności i praw”⁴³. Najczęściej przyjmuje się, że zasada nadmiernej ingerencji oparta na art. 2 Konstytucji RP może być jedynie warunkowo samodzielną podstawą normatywną zasady proporcjonalności, tj. tylko wtedy, gdy „w danej sytuacji nie można przeprowadzić testu proporcjonalności zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji”⁴⁴ oraz zakwestionowana regulacja albo wprowadzie „ingerowała w prawa lub wolności jednostki (osoby fizycznej lub osoby prawa prywatnego) [, ale były one] zagwarantowane jedynie na poziomie ustawowym, a nie konstytucyjnym”⁴⁵, albo wprowadziła „ograniczenia w zakresie

⁴⁰ Wyrok TK z 11 lutego 2014 r., sygn. akt P 24/12, OTK ZU 2A/2014, poz. 9.

⁴¹ Wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07, OTK ZU 3A/2007, poz. 26.

⁴² Ibidem.

⁴³ Wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt K 14/11, OTK ZU 1A/2013, poz. 7.

⁴⁴ Wyrok TK z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14, OTK ZU A/2016, poz. 51; por. także wyrok TK z 11 lutego 2014 r., sygn. akt P 24/12, OTK ZU 2A/2014, poz. 9.

⁴⁵ Wyrok TK z 12 lutego 2014 r., sygn. akt K 23/10, OTK ZU 2A/2014, poz. 10.

praw różnie rozumianych podmiotów publicznych (najczęściej jednostek samorządu terytorialnego)⁴⁶.

Jeśli więc chodzi o sam zakres przedmiotowy tak odróżnionych zasad proporcjonalności to – w moim przekonaniu – najbardziej klarowne wyjaśnienie pojawiające się w literaturze zakłada, że zasada proporcjonalności jako ogólna klauzula limitująca swobodę ustawodawcy ma znaczenie szersze niż to wyrażone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Po wejściu w życie Konstytucji RP sensowne było więc rozróżnienie ograniczeń swobody ustawodawcy w dwóch sferach – po pierwsze, zasada proporcjonalności ujmowana jest jako jeden z warunków wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3), po drugie, zasada proporcjonalności limituje działania ustawodawcy w odniesieniu do przedmiotowych zasad konstytucyjnych (art. 2; „odnosi się do [...] ogółu sytuacji, w których państwo za pomocą stanowiącego przez siebie prawa oddziałuje na pozycje osoby pozostającej pod jego władzą. W sytuacjach zarzut braku proporcjonalności jest oceniany bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne⁴⁷)⁴⁸. Zakres dopuszczalnej ingerencji „dla ochrony ogólnego interesu publicznego wyznaczać powinien każdorazowo postulat proporcjonalności, który nie znajdując wprost oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (odnoszącym się ze względu na usytuowanie tego przepisu w rozdz. II Konstytucji RP do osób fizycznych i innych podmiotów prywatnoprawnych) może być poszukiwany w art. 2 Konstytucji RP, ponieważ stanowi „istotny komponent zasad składających się na pojęcie demokratycznego państwa prawa⁴⁹”.

Wyjaśnienie zakresu przedmiotowego zasad wywodzonych z art. 31 ust. 3 i art. 2 nie zmienia jednak faktu, że pozostaje niejasne, jak powinno wyglądać badanie „zarzutu braku proporcji”, skoro zasada nadmiernej ingerencji oparta wyłącznie na art. 2 Konstytucji RP nie może być pojmowana w ten sposób, że zawierałaby „rygorystyczny test proporcjonalności, wymagający łącznego spełnienia wszystkich trzech zasad składowych, tj. zasady przydatności, zasady konieczności i zasady proporcjonalności *sensu stricto*. W tym

⁴⁶ Wyrok TK z 11 lutego 2014 r., sygn. akt P 24/12, OTK ZU 2A/2014, poz. 9.

⁴⁷ Wyrok TK z 18 października 2011 r., sygn. akt SK 2/10, OTK ZU 8A/2011, poz. 83.

⁴⁸ Por. P. Tuleja, *Art. 2, [w:] Konstytucja. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 232 – i cyt. tam orzecznictwo.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 233 – i cyt. tam orzecznictwo.

wypadku wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności sprawdza się więc jedynie do ogólnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji. [...] [R]atio legis [...] zasady proporcjonalności uniemożliwia proste przeniesienie schematu rozumowania zakotwiczonego w art. 31 ust. 3 Konstytucji”⁵⁰.

Po szóste, niejako na marginesie i raczej tylko dla zupełności wyliczenia, wspomnieć należy sporadyczne stwierdzenia Trybunału Konstytucyjnego, w których dostrzega, że „zakaz nadmiernej ingerencji implikuje dążenie do optymalizacji, tzn. do stanu, w którym obydwie kolidujące dobra byłyby realizowane w najwyższym możliwym stopniu”⁵¹. Wydaje się, że jest to próba nawiązania do tzw. zasady praktycznej zgodności (*praktische Konkordanz*) – konstytucyjnoprawnej zasady kolizyjnej rozwiniętej w literaturze niemieckiej, zgodnie z którą w razie dostrzeżenia sprzeczności dwóch relewantnych z perspektywy konstytucyjnoprawnej dóbr należy przyjąć takie rozwiązanie, które wprowadza podporządkowanie sobie tych dóbr w taki sposób, że możliwe jest nie tylko urzeczywistnienie każdego z nich, ale również urzeczywistnienie w taki sposób, żeby każde z nich uzyskało „optymalną skuteczność”. „Wyznaczanie granicy [między tymi dwoma dobrami] musi być więc proporcjonalne w każdym konkretnym przypadku; nie może wychodzić poza to, co jest konieczne, by wprowadzić zgodność między obydwoma dobrami prawnymi”; proporcjonalność określa więc w tym kontekście „relację dwóch zmiennych wielkości, a mianowicie tę, która będzie najbardziej odpowiednia (*gerecht*) dla zadania zoptymalizowania dóbr, nie zaś relacji między stałym «celem» oraz jednym lub kilkoma zmiennymi «środkami»”⁵².

⁵⁰ Wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt K 14/11, OTK ZU 1A/2013, poz. 7.

⁵¹ Wyrok TK z 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08, OTK ZU 10A/2009, poz. 150.

⁵² K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1999, s. 28; zob. także M. Schladebach, *Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip*, „Der Staat” 2014, nr 53, *passim*. Propozycja prof. Hesse została zasadniczo przyjęta nie tylko w Niemczech, ale także m.in. we Francji (decyzja Rady Konstytucyjnej z 18 stycznia 1995 r., nr 94–352 DC) oraz Szwajcarii („interpretacja konstytucji wymaga jak najbardziej ostrożnego wyrównywania/łagodzenia różnych konstytucyjnoprawnych i prawnopodstawowych interesów; powinna ona urzeczywistniać praktyczną zgodność” – wyrok Sądu Federalnego z 12 października 2012, sygn. akt 2C_828/2011, BGE 139 I 16 i powołane tam orzecznictwo). Co do krytyki zasady praktycznej zgodności zob. np. H. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1977, s. 315 (jest to „pusta formuła”); A. Fischer-Lescano, *Kritik der praktischen Konkordanz*, „Kritische Justiz” 2008, nr 41 (zasada praktycznej zgodności stanowi „próbę rozwiązania XXI-w. problemów kolizji dóbr za pomocą XII-w. środków”).

Warto jednak pamiętać, że chociaż zasada ta wydaje się możliwa do prostego przeniesienia na grunt innych porządków prawnych niż niemiecki, to jednak została opracowana w kontekście konkretnych regulowań niemieckiej Ustawy Zasadniczej (dalej: GG) i szczególnej kultury prawnej. Mam tutaj na myśli w szczególności doktrynalny podział konstytucyjnych praw i wolności ze względu na „formalną” granicę, jaką ustalono dla ich ograniczenia w tekście konstytucji, rozróżniając prawa podstawowe z „prostym” zastrzeżeniem ustawowym (tj. wskazaniem w treści przepisu, że dane prawo lub wolność może być ograniczone w drodze ustawy, tak np. w art. 8 ust. 2 GG), kwalifikowane zastrzeżenie ustawowe (kiedy wskazane są dalsze, jakościowe wymagania ograniczenia ustawowego, tak np. w art. 5 ust. 2 GG) oraz prawa podstawowe bez żadnego zastrzeżenia (tzw. *vorbehaltlose Grundrechte*, np. art. 5 ust. 3, 8 ust. 1 GG). W stosunku do tych ostatnich pozostawało sporne, czy brak umieszczenia w treści przepisu prostej lub kwalifikowanej klauzuli jest tożsamy z brakiem zgody ustrojodawcy na wprowadzanie jakichkolwiek ograniczeń ustawowych, jednak stwierdzono, że jest to możliwe, ale tylko ze względu na immanentne z konstytucyjnoprawnego punktu widzenia ograniczenia, tj. prawa podstawowe osób trzecich oraz dobra prawne o konstytucyjnej randze; w odniesieniu do tej grupy praw podstawowych opracowano w literaturze tzw. zasadę praktycznej zgodności, jako model rozstrzygania kolizji.

IV. Konkluzje

Pomimo licznych krytycznych uwag podnoszonych w doktrynie zasada proporcjonalności pozostaje „podstawowym kryterium oceny działania państwa”⁵³. Również samo „ważenie” wydaje się nieuniknione, ponieważ nie istnieje żadna inna racjonalna droga, która umożliwiłaby przedstawienie racji ograniczeń w relacji do konstytucyjnych praw podstawowych⁵⁴.

Sam test proporcjonalności jest więc próbą – najlepszą z dotychczas uzyskanych – zestandaryzowania procesu decyzyjnego sądu konstytucyjnego w sytuacji konieczności rozstrzygnięcia konfliktu każdorazowo towarzyszą-

⁵³ M. Klatt, M. Meister, op.cit., s. 159. Przeciwnie np. Ch. Hillgruber, op.cit., s. 862.

⁵⁴ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, nr 4, s. 436.

cemu decyzji ustawodawczej, który zasada się na kolizji przeciwstawnych argumentów o różnym charakterze i jakości. Stąd też postulatem, jaki kierować można wobec praktyki orzeczniczej, jest przeniesienie punktu ciężkości kontroli konstytucyjności na etap wykładni, a mianowicie podejmowanie próby rozstrzygnięcia spornych przypadków na poziomie ustalania zakresu przedmiotowej ochrony poszczególnych praw podstawowych, zamiast przyjmowania zakresu możliwie najszerszego, ponieważ w takim przypadku prawie każde działanie państwa stanowić będzie ingerencję w stosowne prawo podstawowe, której dopuszczalność będzie trzeba w konsekwencji badać przy pomocy zasady proporcjonalności.

Ponadto, powyższa analiza praktyki orzeczniczej oraz poglądów doktrynalnych może w końcu prowadzić do wniosku, że chociaż proporcjonalność to instrument stosowany przez sądy konstytucyjne „na co dzień”, stąd wydawałoby się – instrument doskonale znany, to jednak warto nie poddawać się temu błędnemu przekonaniu i – zarówno w praktyce orzeczniczej, jak i na poziomie teoretycznym – odejść od bezrefleksyjnego powtarzania sformułowań (które same w sobie nie składają się na doskonały model) i poddawanie konkretnych przypadków głębszej i bardziej twórczej analizie.

Literatura

- Alexy R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, nr 4.
- Alexy R., *Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2015, nr 4.
- Borowski M., *Absolute Rights and Proportionality*, „German Yearbook of International Law” 2013.
- Fischer-Lescano A., *Kritik der praktischen Konkordanz*, „Kritische Justiz” 2008, nr 41.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006.
- Hatschek J., *Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, Berlin 1922.
- Hillgruber Ch., *Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren*, „Juristenzeitung” 2011, nr 18.
- Kingreen T., Poscher R., *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 2016.
- Klatt M., Meister M., *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, „Der Staat” 2012, nr 2.
- Koch H.-J., Rüßmann H., *Juristische Begründungslehre*, München 1982.
- Korycka-Zirk M., *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012.

- Kumm M., *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights*, „International Journal of Constitutional Law” 2004, nr 2.
- Lepsius O., *Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, [w:] *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, red. M. Jestaedt, O. Lepsius, Tübingen 2015.
- Lothar M., *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, „Juristische Schulung” 2001, nr 41.
- Petersen N., *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen 2015.
- Safjan M., *Wprowadzenie*, [w:] *Konstytucja. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Schladebach M., *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip. Eine Verteidigung*, „Der Staat” 2014, nr 53.
- Tsakyrakis S., *Proportionality: An assault on human rights?*, „International Journal of Constitutional Law” 2009, nr 2.
- Tuleja P., *Art. 2*, [w:] *Konstytucja. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Webber G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, „The Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2010, nr 1.
- Webber G., *The Negotiable Constitution. On the Limitation on Fights*, Cambridge 2009.